

II SEMINÁRIO SOBRE DIREITO PREVIDENCIÁRIO: DIÁLOGO E REFLEXÕES ENTRE A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES

A SENHORA DOUTORA ADRIANE BRAMANTE

Presidente Do IBDP

Passo a palavra ao Doutor André Luiz Bittencourt que fará os debates.

O SENHOR DOUTOR ANDRÉ LUIZ BITTENCOURT

Advogado

Bom dia, primeiramente e rapidamente, quero agradecer ao IBDP, em nome da Presidente Adriane Bramante, e, também, à Maria Fernanda, Coordenadora científica do evento, que pelo segundo ano consecutivo me deu a possibilidade de estar aqui, generosa como sempre é, e confesso que em minha vida nunca imaginei um dia estar no STJ, nesta posição, e agora ao lado de mentes brilhantes, como todos nós podemos observar.

Doutor Diego, sempre digo a quem me pergunta: uma das mentes mais brilhantes que conheço, na atualidade. Tenho, então, o prazer e a honra de estar aqui, dividindo contigo e aprendendo, como sempre. O Doutor José Antônio Savaris, um grande incentivador e, se hoje temos o manual dos benefícios por incapacidade, é graças ao incentivo dele, um incentivo exaustivo de cobrança para que saísse - só ilustrando, para quem não sabe, a terceira edição está aí. Tivemos um evento do IBDP, há poucos dias, e ele me cobrava para entregar essa terceira edição. Então, tive que me trancar no quarto do hotel, enquanto o evento acontecia, porque ele estava me chicoteando para que entregasse, então. Agradeço, sempre, o seu incentivo, o aprendizado, e é muito bom estar aqui com você, hoje. E, também, ao Doutor Francisco, que conheci hoje, e à Doutora Patrícia, uma aluna que hoje se tornou uma amiga. É muito bom dividir a mesa contigo.

Bom, vimos quantas coisas importantes para se falar dentro do processo judicial. Daí, Senhor Ministro Kukina, tenho que fazer aqui uma rápida observação: se dentro do processo judicial onde, de repente, se imagina que esse juiz é hoje dentro do processo civil, onde o juiz, de ofício, deve conduzir a questão para, e sempre observo, não só indeferir, para chegar à conclusão, que a parte não tem direito, então, ele vai ouvir lá aquele segurado especial para ver se ele, efetivamente, é um segurado especial, mas também tem que conduzir de ofício para, de repente, produzir aquela prova, que será fundamental para a obtenção do benefício. Se ao juiz, que tem uma possibilidade e um conhecimento maior de certas questões, nos deparamos com situações como essa, imagine, Ministro, naquela discussão de ontem que fizeram por horas ali naquela tarde, para se chegar à conclusão: se na esfera administrativa, efetivamente, o segurado vai ter a correta orientação, e se aquele fato não passou pela esfera administrativa, vamos fazer com que se decaia esse direito.

E quando o Senhor levantou os seus questionamentos, as suas dúvidas, confesso que sentado ali na primeira fila rezava para que o senhor pedisse vista para que pudéssemos debater sobre tantas coisas importantes que ainda passam. E aqui, trazendo questões que estamos falando. Se dentro do processo judicial, temos a possibilidade de uma rescisória – e provoço todos aqui - quando tenho ali a contratação de um erro de fato verificável no exame dos autos, por exemplo, quando tenho a possibilidade de uma rescisória a contar da descoberta dessa nova prova, que é fundamental para a obtenção do direito, será que não podíamos trazer essas situações para dentro da discussão da tese da decadência do fato não verificado na esfera administrativa, porque, afinal de contas, às vezes só vai se descobrir a existência de um direito anos depois, e daí vão contar lá do início.

Então, há questões hoje, já dentro do processo civil, que podem ajudar nessa discussão desse tema bastante intrincado. E graças a Deus o Ministro Napoleão pediu vista, pela segunda vez, e aí vamos continuar debatendo essas questões.

Mas, enfim, gostaria de provocar duas coisas basicamente aos senhores: sabemos que, muitas vezes, o cidadão vai sozinho ao Juizado Especial Federal e, muitas vezes, chega depois a questão ao advogado

previdenciário, e já temos uma sentença de mérito transitada em julgado. Ele não recorreu, não procurou o advogado na época própria e, o que podemos fazer com isso? Quais os limites para se colocar de novo essa questão em juízo? De repente, não temos uma prova efetivamente nova. Mas, pode ser que ele, naquele desconhecimento, não soube deduzir todos os fatos que poderiam lhe trazer o direito. E ali, quem fez a atermiação, também não se preocupou em observar todos os fatos que seriam sensíveis para a obtenção do direito.

Então aí, não temos nenhuma situação nova e não podemos então fazer com que esse cidadão que tem o direito, como observou o Dr. Savaris, possa ter uma nova ação distribuída. Esse é o primeiro ponto.

O segundo ponto que coloco: temos um representativo da controvérsia, como colocou aqui o Doutor Savaris, que diz que, não havendo a prova, sendo ela insuficiente, temos que ter o julgamento sem mérito. Sabemos que no Brasil afora vários juízes continuam dando sentença de mérito. Temos aqui uma situação próxima: temos turmas recursais em Goiás, por exemplo, onde mantêm o entendimento de que, mesmo o STJ tendo assim decidido, é para eles com sentença de mérito.

Trago a seguinte provocação: sabemos que não conseguimos ir à TNU para discutir, porque aí se trata de uma questão processual. Acho que está na hora de rediscutirmos essa impossibilidade de discussão de Direito Processual na TNU, porque, a meu ver, e aí provoco os senhores, há um descumprimento de um preceito constitucional, porque este STJ, por uma missão constitucional, é o guardião da lei infraconstitucional. E ele, hoje, tem o representativo da controvérsia como é este caso, onde os juízes dos juizados não cumprem a determinação, está no representativo da controvérsia. Não temos a possibilidade de recorrer à TNU para fazer com que a esta se manifeste sobre, porque não cabe a discussão de matéria processual, e estamos impedidos de chegar ao STJ para discutir uma questão processual, que já foi referendada por aquele Tribunal no representativo da controvérsia.

Então, cadê a missão constitucional do STJ de ser o último intérprete da legislação infraconstitucional? Há este buraco na lei.

— E qual é a questão processual?

Aqui a questão processual é a falta de prova. Não temos a prova da questão do rural, por exemplo, faltaram provas, e temos juízes dizendo que

essa sentença é de mérito; não é sem mérito, mas o STJ disse que é sem mérito no representativo de controvérsia. Não conseguimos chegar à TNU e, por via oblíqua, não conseguimos chegar nunca ao STJ, porque o entendimento é que isso já foi consertado na esfera do Juizado Especial Estadual, se criou a reclamação, justamente, para suprir essa falha do sistema. Só que no Juizado Especial Federal ainda não nos foi dada essa possibilidade, e penso que já passou da hora de discutimos isto, porque temos aí várias decisões, então, transitadas em julgado, e em questões que envolvem a parcela que mais necessita, que são os rurais. Como é que agora vamos pegar um cidadão de 60 anos e vamos dizer para ele que ele tem que comprovar mais 15 anos de labor rural para ele ter um benefício. Acho que essas questões têm que ser mais bem debatidas, esse é o campo, e faço a provocação dessas duas situações aos senhores.

O SENHOR DOUTOR DIEGO SCHUSTER

Advogado

Em primeiro lugar, agradecendo uma vez mais a oportunidade. A situação que é colocada, onde a pessoa teve a sua ação julgada improcedente, por ausência ou para outro motivo, improcedente, logra-se um novo e decisivo documento.

Há duas coisas que precisamos analisar: primeiro, se do novo documento é possível se extrair um novo fato, como, por exemplo, um agente nocivo não discutir em contraditório, no primeiro processo, isso vem se entendendo que induz a uma alteração da causa de pedir e, consequentemente, autoriza uma nova ação previdenciária. Então, aqui, não faz coisa julgada. A existência de um novo documento do qual se pode extrair um fato novo, qual seja, um agente nocivo novo. Digamos que no processo julgado improcedente, se deixou de reconhecer a natureza especial de determinado período, com fundamento tão somente no ruído abaixo do limite de tolerância. E no novo documento, resta comprovada a exposição desse segurado a um agente químico ou periculosidade. Não temos uma incursão sobre questões de fato do processo anterior, está diante de um novo elemento.

Então, não faz coisa julgada, pelo menos esse é o entendimento hoje do Tribunal da Quarta Região e até mesmo decisões do próprio STJ.

A questão, e esse é o problema do Juizado Especial, onde não se possui a ação rescisória. Via de regra, a ausência ou a falta de provas gera a improcedência da ação. Parece-me atécnico extinguir o processo sem resolução de mérito após a tarefa de analisar a prova.

Mas, enfim, nesse precedente do STJ, a situação que se coloca é do lado o voto vencedor, onde o que se diz é não faz coisa julgada, extingue sem resolução do mérito. E um voto vencido que diz não, extingue com resolução do mérito, com o fundamento na coisa julgada, *secundum eventum probationis*. Talvez aqui, não se tenha feito uma distinção técnica. E analisando os limites e as possibilidades desse precedente, fica claro que, optando pela extinção sem resolução do mérito, se está com isso fechando as portas para todo e qualquer processo que não foi extinto sem resolução do mérito, ou seja, é uma tese aplicável somente para o futuro, porque ela coloca como condição para uma nova ação qualificada, por novos documentos que acrescentem algo novo, no sentido de suprir aquela falta, coloca como condição a extinção sem a resolução do processo.

Acontece que, analisando, justamente, a *ratio decidendi* dessa decisão, a meu ver, o que se queria desde o início, era a mesma coisa, o que se queria no voto vencedor é que sequer fizesse coisa julgada. Mas, se deixou de analisar as consequências dessa decisão. E, como sabemos, é fechar as portas para quem teve o processo extinto com resolução de mérito. Mesmo com a fundamentação, deixando claro que só se deixou de reconhecer a natureza especial de uma atividade, só se deixou de reconhecer o tempo rural por insuficiência de prova. A fundamentação deixa claro que só se negou por insuficiência de prova. Mas, o precedente, o que este exige? A extinção sem resolução.

Não quero cair aqui no mito da vontade do julgador, mas, a meu ver, o que todos queriam era a mesma coisa: não fechar as portas para o segurado que lograsse, amanhã ou depois, um novo e decisivo documento. Essa distinção técnica me parece que faltou, mas a *ratio decidendi* deste precedente justifica um ajuste na tese. Quem muito bem capturou, durante a sessão, essa falta de distinção foi o Ministro Herman Benjamin, que disse:

— Mas, o que vocês querem é a mesma coisa. Mas, é melhor então extinguir com resolução de mérito, com fundamento na coisa julgada, *secundum eventum probationis*.

E a resposta foi: bom, perfeito, ou seja, o que se queria era a mesma coisa: era não se fechar a porta para o segurado.

O SENHOR DOUTOR FRANCISCO DINIZ

Procurador Federal

Em complementação ao Doutor Diego, a questão desse precedente, que eu havia falado, tem um problema técnico sério: se tivessem resolvido a questão, não estaríamos aqui hoje, neste Seminário, buscando alternativas. Trata-se de uma questão de índole processual, que eu estava falando, sim, mas é este processo hoje que rege os juízes Brasil afora. Se não tivermos elementos mais concretos para que o juiz possa seguir, isso vai continuar.

O Ministro Mauro Campbell, vencido, nesta matéria, queria, realmente, a coisa julgada, *secundum eventum* da prova, pois se chegaria, sem dúvida, ao mesmo resultado. Só que ele ficou vencido, e o processo foi para a Corte Especial, porque a sua ideia, naquele julgamento, é que esse repetitivo orientasse a coisa julgada como um todo, em matéria. Ficou, então, vencido, de forma que o repetitivo hoje só se apresenta para o rural. Ele, sequer, vai valer para todos os demais segurados, porque tanto os Ministros Mauro Campbell como o Herman Benjamin ficaram vencidos, neste sentido.

Sem dúvida, a questão do resultado do processo, pelo evento da prova, seria melhor para o segurado dentro desse conceito que estamos hoje. Eu teria, primeiro, uma resolução do processo, atendendo aos fins do Código de Processo Civil, que eu resolveria com mérito, e já deixaria claro que a demanda pode ser devidamente proposta se eu tiver uma nova causa de pedir.

Esses dias tenho feito desistência de processo, aqui no âmbito do STJ, onde fizemos 900 desistências de outubro para cá. E há muito processo de discussão de coisa julgada. Penso que tanto o advogado quanto o procurador têm que se debruçar, às vezes, sobre esses elementos formais, porque, muitas vezes, a discussão poderia passar se fizesse o cotejo entre o dispositivo, que é o que transita em julgado, e os elementos da ação.

Alguém pode dizer:

— Olha, eu tenho um documento novo, tenho um novo pedido, faço um novo pedido administrativo, para cumprir o pressuposto, e eu teria maior chance nessa demanda.

Falta um pouco de técnica, também. As nossas defesas também vêm dizendo assim:

— Ah, já julgou? O que era deduzido ou deduzível, tudo vai embora.

Também não é por aí, porque, como eu estava falando, o Direito Previdenciário tem uma relação continuada e é possível que, mudando a base fática, se mude. Mas, com relação ao tema: não seguiu o processo, com mérito ou sem mérito, tem um problema técnico nesse precedente. A outra seria melhor. É preciso que se suba novo precedente, neste sentido, ao STJ, para que ele debata melhor essa questão, senão ficaremos com essa celeuma toda.

O SENHOR DOUTOR JOSÉ ANTÔNIO SAVARIS

Juiz Federal

Bom, se me permite, a minha compreensão é a seguinte: na verdade, sempre os precedentes vinculantes, como quase textos normativos, são abertos à interpretação. Então, não são um privilégio desse representativo de controvérsia as dificuldades de compreensão.

Citaria aqui a decisão do Supremo em relação a interesse de agir, RE 631.240. Estamos até hoje tentando compreender e aplicar essa decisão do Supremo relativa ao interesse de agir.

A decisão da decadência, resolvida em 2013 pelo Supremo. Ontem teve a decisão do STJ para entender ainda as consequências daquele precedente do Supremo. Ruído: a questão da atividade especial, o Tema 555. Da mesma forma, o Supremo decidiu em repercussão geral, e estamos decantando esse precedente até hoje. Quer dizer, então não é de se espantar que uma decisão com alcance normativo amplo, difuso seja testada na prática e, porventura, aprimorada no seu alcance ou precisada no seu alcance. Esse é um primeiro ponto.

A questão que coloca o nosso debatedor, o André, realmente desafia, porque não há meio processual, recursal para fazer chegar uma questão

processual como essa, no STJ, nada obstante tenha o STJ firmado a sua compreensão, em caso repetitivo. Talvez um IRDR, me parece, seria uma saída para que tivéssemos, aí, sim, então, a extensão vinculante para o sistema dos juizados especiais federais, talvez por esse momento.

Estamos falando aqui, queria deixar muito claro, de limites para a coisa julgada desde uma faceta do problema, que é a questão do documento novo, da prova nova. Mas, isto poderia ser ainda mais problematizado. Isto ainda está, meu querido Carlos Magno, em fase de elaboração, uma teoria que carece de aportes de pensamento crítico

Porventura, uma ação revisional, em que transitou em julgado, denegando o direito ao segurado e, no entanto, supervenientemente, Júnior querido, que bom te ver, ao trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal vem e diz: tenho direito sim, como no caso da revisional dos tetos, como fico eu aqui, numa condição de desigualdade e numa interpretação que, ao fim e ao cabo, era inconstitucional, porque ficou em desacordo com a Suprema Corte.

Aqui, no país vizinho, a Suprema Corte da Argentina, o Diego sabe disso, discutimos sobre isso, tem precedentes interessantes. Era uma ação revisional relativa a reajustamento, em que havia uma doutrina mais restritiva, que é o tal do caso Chocobar, em que se negava um índice que era buscado pelos jubilados de lá. E, no entanto, aquela doutrina foi superada. A Suprema Corte da Nação, que havia antes aplicado a doutrina mais restritiva, mudou o seu posicionamento e disse:

— Não, tenho o direito à revisional, sim.

E depois, veio em discussão isto. Está, mas e agora, aqueles que foram alcançados, os processos que foram alcançados por aquela primeira decisão podem buscar novamente essa revisão, já que a Constituição assegura? A primeira resposta é que sim, uma doutrina do caso Fossati. Em 1983, a Suprema Corte da Argentina flexibilizou a coisa julgada para as ações revisionais que tinham amparo superveniente na Constituição Nacional da Argentina. Esse acórdão é de 1983 e durou cinco anos. Em 1988, já num momento de mais reflexão ou de impacto, como você falou, Francisco, das decisões, acabou voltando atrás, num no outro caso, que é Elício Roca.

Então, se colocarem coisa julgada em espanhol na Suprema Corte da Nação, virá esses precedentes, que nos trazem aqui outro campo de discussão

na nossa jurisdição. Quero dizer que, quando falamos em documento novo, estamos numa faceta do problema da coisa julgada em matéria previdenciária.

Por fim, apenas colocar a seguinte questão: sei que me alonguei, meu querido André, quando se fala em acesso ao benefício previdenciário, quando se fala ao princípio da não preclusão, de maneira nenhuma estou a propor, a sustentar que toda e qualquer causa, que toda e qualquer questão previdenciária possa ser objeto de discussão perene. O que se deve levar em conta, justamente, é o acesso à proteção previdenciária, não se sepultar, indefinidamente, a chance da pessoa obter o benefício a que faz jus.

Com isso, quero dizer que, em primeiro lugar, detalhes quanto à recomposição da renda, que significa uma parcela insignificante, talvez não se enquadre na ideia do princípio da não preclusão. Sim, posso sustentar que sim, mas eu acomodo, desde uma perspectiva de proteção aos direitos humanos, de maneira mais limitada. Também não vejo grande problema, quando se tem presente, e isso é bom explicar, quando se tem presente que o direito fundamental tem uma expressão patrimonial, a minha preocupação fundamental é o direito fundamental em si e não a parcela patrimonial. Com isso, quero dizer que, se porventura se entender na sequência que pode haver rediscussão desde que tenha uma nova DIB, vou abrir mão de parcelas atrasadas, é uma nova DER, quero dizer, vou abrir mão daquela DER, mais antiga, mas mantenho a não preclusão. Quero dizer que há critérios para isso que não está se buscando aqui toda a expressão patrimonial de maneira indefinida, mas se resguardando, em termos excepcionais, é sempre bom dizer, a possibilidade de superar a coisa julgada, formada num processo anterior.

O SENHOR DOUTOR ANDRÉ LUIZ BITTENCOURT

Advogado

Como sempre, sábias palavras. E para fechar, como você disse, é apenas uma das facetas da coisa julgada no processo judicial previdenciário. E, por isso, mais uma vez, a importância do evento, a importância desta provocação que a Maria Fernanda vem fazendo, nos últimos dois anos, de trazer este debate para dentro do STJ.

Termino a minha fala, dizendo que fico muito feliz porque, antigamente, quem sabe nunca teríamos, Senhor Ministro Kukina, um debate de horas sobre uma causa previdenciária numa Seção do STJ.

E hoje vemos que essas coisas estão passando por um debate muito mais aprofundado. Hoje, a comunidade jurídica do Direito Previdenciário pode estar dentro do Tribunal da Cidadania, debatendo e trocando ideias entre advogados públicos, privados, Ministros e funcionários da Corte. Trata-se de um avanço.

Parabéns, Maria Fernanda, mais uma vez, por essa garra que nos contagia, e eu já lhe disse isso. Agradeço a Deus por ter feito o seu caminho cruzar com o meu, e de ver que, quando você fala, no seu olho, que você quer mudar a ideia no STJ de que Previdenciário é Súmula 7, isto faz com que tenhamos cada vez mais garra e queiramos cada vez mais ir adiante. Parabéns!

Muito obrigado e até a próxima.

(Palmas)